

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL REINO UNIDO

Christopher McCrudden

Lincoln College, Oxford University.

Dos aproximaciones constitucionales a la protección de los derechos humanos



UNA importante visión que transcurre a lo largo del pensamiento británico, al evaluar los procesos mediante los cuales se efectúan las decisiones políticas y legales y los resultados de tales procesos, se concentra en la historia y la tradición. El proceso y los resultados se valoran pragmáticamente. Los problemas se resuelven, en su tradición empírica, sobre la base de la experiencia. Son las soluciones lo que funciona y lo que permanece. Las instituciones operan después con flexibilidad, apren-

(Traducción de Ascensión Elvira y Soraya Vázquez.)

¹ E. BURKE: *Reflections on the Revolution in France* (1790), Penguin ed. (1986), 117-53.

den del pasado, y se adaptan a las condiciones de los tiempos¹. Esta es la esencia de la tradición del *common law*. La tradición británica de los *derechos humanos y constitucionales* está todavía fuertemente influenciada por esta visión. Un cierto número de principios, que se dice describen, informan y apuntalan la Constitución británica (democracia mayoritaria, supremacía parlamentaria y convenciones constitucionales), pueden verse como el cuerpo de esta tradición, centrándose, como lo hacen, en "la autoridad de la experiencia y la continuidad de la práctica"² y asegurando la flexibilidad del proceso mediante el que se llevan a cabo las decisiones³. En esta tradición, las estructuras constitucionales autoritarias *se desarrollan*, raras veces *se hacen*. Tomando en cuenta estas consideraciones, en primer lugar, podemos examinar los métodos tradicionales más importantes mediante los cuales se considera que los derechos humanos están protegidos en Gran Bretaña. Varios sistemas se han identificado como característicos del sistema británico: medidas legislativas relacionadas con problemas específicos, convenciones constitucionales, un sentido de la responsabilidad y el buen hacer de legisladores y administradores, la influencia de una prensa libre y la fuerza de la opinión pública, la independencia de la judicatura para crear el *rule of law* y unas elecciones libres y secretas⁴.

El modelo empírico pragmático de la práctica constitucional está tan arraigado en la tradición legal y política británica que requiere un esfuerzo de imaginación considerar otro plan diferente. Sin embargo, puede erigirse de manera más simple un modelo alternativo de práctica constitucional. Imaginar una tradición constitucional que se concentre, en primer lugar y principalmente, en expresar un número de valores que las instituciones políticas y legales estén llamadas a cumplir. Imaginar que las decisiones de estas instituciones se asientan sobre la base de su conformidad con esta serie de valores y están constreñidas y limitadas a éstos. Lo que cuenta en esta tradición alternativa europea y norteamericana son más los valores asumidos por los procesos de decisión y desarrollados por decisiones particulares, que el hecho de que el proceso se haya desarrollado y sobrevivido. Podemos llamar a esto aproximación idealista. Gran Bretaña se ha movido más hacia la in-

² M. LOUGHLIN: "Tinkering with the Constitution", 1988, 51 *Modern Law Review* 531, 536.

³ Esta sección se basa en gran medida en un artículo anterior de C. McCRUDDEN: "Northern Ireland and the British Constitution", en J. JOWELL y D. OLIVER, *The Changing Constitution*, 2.^a ed. (1989), 297-342.

⁴ SARCH: "Bill of Rights: A Discussion Paper", Mar. 1976, par. 11, reimpr. en SARCH: *The Protection of Human Rights by Law in Northern Ireland*, CMND. 7009.

interpretación idealista después de la II Guerra Mundial. Los mayores desarrollos de este tipo en Gran Bretaña han sido la adhesión del Reino Unido a la Convención Europea de Derecho Humanos en 1951, el crecimiento del activismo judicial por vía de la *judicial review* de la acción administrativa a partir de 1960 y la entrada de Gran Bretaña en las Comunidades Europeas.

Primero consideraremos las visiones tradicionales. Después de considerarlas, volveré a considerar las nuevas, que se han desarrollado después de la II Guerra Mundial, que están apuntaladas por el modelo idealista de la práctica constitucional.

Parlamento

La doctrina de la soberanía parlamentaria, a menudo contemplada como la llave de la doctrina constitucional, toma como núcleo que un hecho fundamental de la práctica constitucional es que la Reina en Parlamento (esto es, la Reina, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes) pueden hacer legalmente lo que la institución desee. Dentro de la institución de la "Reina en Parlamento", la Cámara de los Comunes claramente se identifica como la Cámara hegemónica, a causa de su mayor legitimidad como único elemento elegido democráticamente. El Gobierno debe contar con el apoyo de la Cámara de los Comunes para poder mantenerse en el cargo y la gran mayoría de los miembros del Gobierno son miembros del Parlamento en los Comunes. Común a gran parte del pensamiento político y constitucional británico se presenta el argumento de que es, en la práctica, el gabinete el que predomina sobre el Parlamento, y no al contrario, y que el sistema depende, en gran medida, del control partidista sobre los miembros del Parlamento. Igualmente, el sistema electoral (*first past the post*) parece ayudar a crear una clara mayoría, ya sea para el partido Laborista o para el Conservador. Tal arreglo, se dice, da lugar a un Gobierno estable, efectivo y fuerte.

Podría argumentarse con razón que esta serie de medidas constitucionales ha llevado al Parlamento a avances significativos en la protección de los derechos humanos en algunas áreas. La soberanía parlamentaria, por ejemplo, permite la imposición de temas de derechos humanos en Irlanda del Norte, por encima de las objeciones locales. Al contrario de otros países donde los esquemas constitucionales no favorecen Gobiernos fuertes y donde la protección de los derechos humanos se convierte en responsabilidad de otras ramas del Gobierno o de ninguna, Gran Bretaña no ha sufrido tal vacío

de poder. Además, al contrario de otros países, la doctrina de la soberanía parlamentaria puede tener también el efecto de proteger la legislación de los derechos humanos frente a otros ataques⁵.

Sin embargo, en el debe, la soberanía parlamentaria también ha elaborado la Ley de Prevención del Terrorismo, una pieza draconiana de legislación que pasó por todas las instancias en ambas Cámaras en cuarenta y dos horas, para escapar de un efectivo escrutinio. Un Gobierno laborista aceleró la Ley de Inmigrantes de la Commonwealth, una muestra patente de legislación racista, a través de todas las instancias parlamentarias en menos de una semana. Así además, aunque fuerte, un Gobierno puede surgir bajo las disposiciones constitucionales británicas, no existe garantía de que un particular Gobierno fuerte esté preparado para adoptar una actividad apropiada para proteger los derechos humanos cuando sea necesario. Los excesivamente amplios poderes concedidos a la policía relacionados con las "vulneraciones de la paz", el Parlamento los dejó sin definir, a pesar de los problemas para el ciudadano ordinario, en estas ocasiones se permite a la policía utilizar poderes discrecionales virtualmente incontrolados por el *rule of law*.

Aunque altamente constreñidos en la influencia que pueden ejercer, los parlamentarios individuales pueden diferenciar entre cuestiones específicas de libertades públicas y de derechos humanos, quizá particularmente allí donde una queja del individuo está en juego. En asuntos privados, por ejemplo, han habido algunas intervenciones especiales por parte de parlamentarios individuales que han estimulado la reunión de comisiones de investigación frente al Gobierno. Las reformas de la legislación sobre delitos sexuales y aborto en 1967 se introdujeron por parlamentarios como proposiciones de Ley (Bills), aunque el Gobierno aportó tiempo y apoyo. La presión de los parlamentarios sin cargos administrativos fue muy importante también en el desarrollo de los derechos de las mujeres en los sesenta y setenta. Más recientemente, la influencia de las comisiones parlamentarias ha resultado significativa. Han existido influyentes propuestas de reforma por parte de la Comisión de la Cámara de los Comunes para Asuntos Internos en el área de orden público y en el contexto de las condiciones de las prisiones. Sin embargo, es también verdad que el papel de la Cámara de los Comunes como protectora de los derechos individuales no se percibe fuerte ni central⁶. Hay que recordar, por ejemplo,

⁵ Ver, por ejemplo, *R. V. Jordan (1967) Crim.L.R. 483* (aplicación del *habeas corpus* sobre la base de que la sentencia 6 de la *Race Relations Act* de 1965 resultaba inválida como limitadora de la libertad de expresión; argumento impensable debido a la soberanía del Parlamento.

⁶ R. BRAZIER: *Constitutional Reform* (1991), 128.

que para que prosperen estos *Bills* de los parlamentarios requieren generalmente, al menos, el apoyo de las fuerzas gubernamentales en el Parlamento.

La Cámara de los Lores en ocasiones ha secundado a la Cámara de los Comunes y al Gobierno en temas relativos a libertades públicas y derechos humanos y ha actuado entonces como un control de una sobrecelesada Cámara de los Comunes elegida. En efecto, Brazier considera que la Cámara de los Comunes se ha convertido en “el único contrapeso de la Constitución británica frente a la dictadura electiva”⁷. Ewing y Gearty consideran que “paradójicamente... es la no electa Cámara de los Lores la que ha servido como el mayor baluarte institucional frente al poder ejecutivo”⁸. Aunque últimamente constituye un límite no efectivo, donde el Gobierno y la Cámara de los Comunes siguen su propio camino, han habido varios ejemplos en los que la intervención de la Cámara de los Lores ha resultado influyente. La Cámara de los Lores resultó, por ejemplo, capital en 1977 en la protección del acceso al sistema de jurado en los procedimientos penales. Sin embargo, Brazier tiene razón al pensar que aunque la Cámara de los Lores ha resultado ser “un inconveniente para los Gobiernos laboristas e irritantes para los Gobiernos conservadores... le falta tanto poder jurídico como autoridad política para hacer más”⁹.

Elecciones

Un significativo requisito constitucional es la regulación de unas elecciones abiertas y libres de los miembros de la Cámara de los Comunes. En efecto, algunos consideran este requisito como “el núcleo de la Constitución ‘no escrita’”¹⁰. La necesidad de enfrentarse al electorado cada cuatro o cinco años se contempla como una garantía para evitar el abuso de poder por parte de la Cámara de los Comunes. Y, en efecto, un cambio regular de Gobierno puede disminuir las posibilidades de corrupción y contribuir a un más alto grado de tolerancia entre los partidos políticos. Sin embargo, esto depende notablemente del grado en que la tolerancia y la corrupción se centran en el proceso electoral. Si no existen diferencias entre los partidos políticos sobre

⁷ *Ibidem*, 71.

⁸ K. D. EWING y C. A. GEARTY: *Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain* (1990), 256.

⁹ R. BRAZIER: *Constitutional Reform*, 10.

¹⁰ *Parliament: Functions, Practice and Procedures* (1989), 523.

estos temas, el electorado tiene sólo unas oportunidades relativamente limitadas de ejercer sus preferencias. ¿Hasta qué punto resultan decisivos los temas de derechos humanos en el debate partidista?

Por una parte, han existido instancias donde los temas de derechos humanos resultaban centrales para la política partidista y la campaña electoral, aunque en muchas ocasiones la mayoría del electorado ha parecido optar por una posición conservadora. En la campaña de las elecciones generales de 1979, por ejemplo, el tema de "ley y orden" resultó un factor significativo en la victoria conservadora. Los temas de orden público y la libertad de reunión, con un gran énfasis en lo concerniente al orden público, han sido temas clave en la principal corriente de debate político en Gran Bretaña a partir de la II Guerra Mundial. Las cuestiones de la libertad de asociación, en tanto que implican a la organización sindical, dominaron el debate político en los últimos veinte años. El control de inmigración ha sido un importante elemento de atención para los votantes por parte de los conservadores. En 1970, el Partido Conservador volvió al poder al haber prometido en el programa electoral acabar con la inmigración primaria de trabajadores. En 1971, la *British Nationality Act* fue introducida por otro Gobierno conservador en cumplimiento de la promesa electoral de reducir futuras fuentes de inmigración.

Por otra parte, diversas áreas de libertades públicas y derechos humanos han resultado relativamente poco afectadas por el debate partidista. En el área de los derechos de las minorías, ha existido una notable continuidad de la política gubernamental, prolongándose desde la Administración socialista de mediados de los sesenta hasta 1992. La *Race Relations Act* de 1976 permanece relativamente intangible bajo el Gobierno conservador elegido en 1979, a pesar del aparente escepticismo ideológico por parte de ese Gobierno hacia la ley. La cuestión de la justa dimensión de la libertad de prensa y uso de la información por la prensa ha sido una cuestión política, pero no, en especial, un tema político partidista. El tema de la homosexualidad jugó un papel en las elecciones de 1987, especial con referencia a las actividades del Gobierno local en esta área y contribuyó a la *Local Government Act* de 1988, pero fuera de ello no ha cobrado importancia como tema de debate.

Algunos asuntos han cambiado de no ser un punto de división entre los más importantes partidos políticos a serlo. Cómo reaccionar frente al terrorismo no era un tema de controversia partidista en los primeros siete años de la operación de la legislación antiterrorista. Los Gobiernos laboristas en el poder entre 1974-79 recibieron apoyo en la introducción y manteni-

miento de una legislación draconiana por parte de la oposición conservadora. Un cambio de visión se produjo algún tiempo después al pasar el Partido Laborista a la oposición, con los laboristas que finalmente decidieron votar contra la renovación de la legislación sobre prevención del terrorismo en 1983 y desde entonces se ha opuesto sistemáticamente a esta legislación, pero la cuestión nunca ha significado una seria cuestión electoral entre los partidos.

En general, en la política británica se ha reservado a los partidos menores el considerar amplias cuestiones acerca de la adecuación de las salvaguardas constitucionales concernientes a los derechos humanos individuales, mientras que la división entre los grandes partidos se ha producido en cuestiones de política social y económica. Al menos esto fue así hasta las elecciones generales de 1992 cuando el Partido Laborista mostró su deseo de avanzar más que antes en alcanzar una versión de Declaración de Derechos. Sin embargo, en general, en importantes áreas de las libertades públicas y derechos humanos, ha habido un debate político-partidista relativamente escaso y la influencia del electorado es en este terreno limitada.

Equilibrios y contrapesos

El Parlamento y la opinión pública no son los únicos mecanismos para la protección de los derechos humanos de acuerdo con la tradición constitucional británica. A menudo se ha dicho que las limitaciones prácticas sobre el Parlamento y sobre el gabinete gubernamental son tan importantes como la teoría de la soberanía parlamentaria y las elecciones periódicas. Aunque el Parlamento (y también, a través de él, el gabinete) pueden hacer en teoría lo que quieran, en la práctica se dice que están significativamente limitados por los otros medios, además de por la opinión pública. Existen diferentes equilibrios y contrapesos que en la práctica actúan como mecanismos para la protección de los derechos humanos.

Dispersión del poder

Un método ha sido la dispersión del poder. En el área de los poderes políticos, se había contemplado desde hace tiempo como una protección contra los abusos del poder de la policía el que, fuera de Londres, la res-

ponsabilidad por la actuación policial se dividiera entre un jefe de policía local, la Secretaría de Interior y alrededor de 120 autoridades locales de policía. Sin embargo, la posterior jurisprudencia, leyes y cambios de organización (en concreto la amalgama de 121 fuerzas en las 43 fuerzas existentes más amplias) han hecho que la estructura tripartita se incline hacia un extremo, con el poder de las autoridades de policía locales atrofiadas hasta su virtual insignificancia. Otros ejemplos específicos de centralización con los esfuerzos de la coordinación nacional de policía en lo tocante a los disturbios durante la huelga minera de 1984-85 y en relación con el terrorismo. Estos desarrollos centralizados se han contemplado como efectos negativos en la protección de algunos derechos humanos.

En efecto, desde 1950 han tenido lugar profundos cambios en muchas áreas en el papel del Estado y de las instituciones del Gobierno Central. Han existido dos desarrollos paralelos de particular importancia. Primero, parece que ha habido una concentración en el aumento de poder en el centro del Gobierno británico lo cual, se ha argumentado, tiene desafortunadas consecuencias para la protección de las libertades públicas. Esta concentración ha sido un hecho peculiar de los desarrollos políticos durante los ochenta como alternativa a las bases de poder en Westminster o intermediarios entre el ciudadano y Whitehall han visto su autoridad debilitada y sus funciones reducidas. El más notable socavamiento ha sido en las relaciones entre el Gobierno central y local, con autoridades locales a las que se priva crecientemente de funciones de recaudación e independencia de acción a través del recorte de ingresos y con algunas bases de poder "alternativas" en el Gobierno local, la más señalada el Consejo del Gran Londres, que fueron totalmente abolidas. La reducción en los poderes de las autoridades locales ha afectado el desarrollo de los derechos humanos de diversas formas, muy notablemente el reducir los anteriores poderes del Gobierno local para usar métodos de consenso contractual para lograr la igualdad racial y sexual y precipitar la introducción de la legislación para impedir "promocionar" la homosexualidad.

La evidencia de la centralización puede derivarse también de la expulsión (también durante el período thatcheriano de Gobierno) de los sindicatos del terreno de la decisión política, en los niveles industrial y político, y la introducción de extensos controles neorreguladores de su conducta, dando lugar a resultados que afectaban de manera adversa a la libertad de asociación. Hubo durante las décadas de los sesenta y de los ochenta una falta de tolerancia en el Gobierno para con el disenso político y una tendencia del

Gobierno para igualar sus propios intereses y sobrevivir con los intereses del Estado y el cuerpo político en general, pero quizá las diferencias entre ese Gobierno y el anterior en estos aspectos fueran más de grado y notoriedad que de preferencias.

Resultaría engañoso argumentar que las tendencias centralizadoras son necesariamente por sus consecuencias contrarias a las libertades. Existen varios ejemplos en los que la extensión de los controles centrales ha llevado a resultados beneficiosos para los derechos humanos. La intervención de Westminster en Irlanda del Norte desde finales de los años sesenta condujo a la tardía imposición de protección de algunos derechos humanos sobre el Gobierno autónomo, aunque también permitió la prisión sin proceso. El cambio de voluntad para aumentar la regulación legal en las relaciones industriales significó una importante barrera ideológica para el reforzamiento de los modelos antidiscriminación en las relaciones de trabajo.

Actores políticos “independientes”

Se otorga una sustancial cantidad de poder discrecional a aquellos que ejercen autoridad en la arena pública en Gran Bretaña. No es inusual justificar esto sobre la base de que se puede confiar en que esa gente “haga lo correcto”, con una interpretación sensible del Derecho y un razonable ejercicio de la discrecionalidad por aquellos a quienes se ha confiado la fuerza pública. Por ejemplo, se discutía si una amplia discrecionalidad policial podía ser tolerada de esperarse que los oficiales no hicieran cumplir la ley cuando ese cumplimiento pudiera violar en casos particulares las nociones de sentido común de la justicia. En el área de la libertad de reunión, la ley está diseñada de tal manera que permite a la policía elegir cualquier alternativa sin el temor de estar actuando más allá de sus poderes legales. Se debe confiar a las instituciones públicas su autorregulación; la autorregulación es infinitamente preferible a la regulación externa. Esto era así particularmente en el contexto de la prensa y los medios de comunicación. El primer mecanismo autorregulatorio del Consejo General de la Prensa se estableció en 1953, después lo fue el Consejo de la Prensa y posteriormente la Comisión de Quejas de la Prensa, todos ellos organismos autorregulados. La Administración, aunque tenía amplio acceso a la información sobre individuos, y que podía confiarse en un uso de esa información de manera prudente y razonable. Se ha puesto, pues, un énfasis considerable en la naturaleza merecedora de confianza de los funcionarios y de otras personas situadas en posiciones de poder.

Y, verdaderamente, existen evidencias de que éste enfoque ha conducido, en ocasiones, a resultados favorables en aspectos de derechos humanos. La Oficina Británica de Clasificación de Películas ha dado pasos satisfactorios, para desalentar recursos privados a través de la mediación y una defensa fuerte, con el efecto de proteger la libertad de expresión. En el área de la obscenidad, desde mediados de los años sesenta, el Director de Procesos Públicos, al cual se refieren todas las decisiones procesales en esta área por consideración a que un amplio número de casos acababan en desistimiento más que en juzgarse como cruda pornografía. Por ello el Acta de Teatros aplica la ley de obscenidad a producciones teatrales, pero los procesos están sujetos al consentimiento del Fiscal General, quien ha resistido con éxito recursos en contra de sustanciales presiones políticas.

Sin embargo, otra evidencia pone en cuestión hasta qué punto puede ser deseable esa discrecionalidad. Aunque en algunas circunstancias la discrecionalidad policial puede, en teoría, ser buena para permitir el no-cumplimiento de la ley, tal vez no se ha llegado por consenso al criterio en el que se basa el no-cumplimiento o está abierto a examen. Podría parecer una evidencia sustancial que el resultado del ejercicio de la discrecionalidad policial se muestra injustamente discriminatorio contra ciertos sectores de la población. En el área de la libertad de asociación, el significado y el aumento en la discrecionalidad policial prueba que no es irracional concluir que en esta rama de las libertades civiles tenemos la libertad bajo la policía más que a la libertad bajo la ley. La autocensura en el terreno de los medios de comunicación es una limitación significativa para la libertad de expresión. En particular, la cobertura televisiva de Irlanda del Norte ha sido la materia de un elaborado sistema de regulación controlado por una dirección experimentada, con programas censurados o modificados, si los ejecutivos juzgaban que podían dañar la sensibilidad.

Comisiones y Agencias reguladoras

Un cambio mayor se hizo notable después de 1950, en el énfasis que se pone ahora en las agencias reguladoras y comisiones como mecanismos primarios en la protección nacional de las libertades civiles y derechos humanos. Estos organismos no existían antes de 1950. Desde entonces hemos visto el desarrollo del *Race Relation Board* y de la Comisión de Relaciones Comunitarias, y su fusión para formar la Comisión de Igualdad Racial. Una

Comisión de Igualdad de Oportunidades ha sido establecida para Gran Bretaña en el área de derechos de la mujer. La *Police Complaints Board* (Oficina de Quejas Policiales) establecida en 1976 ha sido remplazada por una *Police Complaints Authority*. En el área del derecho a la privacidad se han establecido un Registro de Protección de Datos y un Tribunal de Protección de Datos. En el aspecto de la transmisión de la información se han establecido una Comisión de Quejas contra los medios de comunicación y el Consejo de Modelos de Transmisión. En Irlanda del Norte se han establecido, entre otras, la Comisión del Consejo de Derechos Humanos, la Comisión de Empleo Justo, y la Comisión de Igualdad de Oportunidades.

Hay varias funciones útiles que estos organismos deben desempeñar. En el contexto de leyes antidiscriminatorias, se pensó que el reforzamiento de ese organismo enfatizaría la eliminación de la discriminación en el interés público, más que en castigar el individuo discriminador. A un organismo así podría dotársele de poderes que lo harían más efectivo que los procesos civiles o penales ordinarios¹¹.

La protección legal de la privacidad solía ser un asunto para proveer recursos legales que los individuos agraviados podían promover a través de los tribunales. Sin embargo, actualmente, el hecho central ha sido la creación de comisiones con deberes y poderes de regulación. Este desarrollo era esencial para proteger a los individuos de vigilancias impropias de las que ni siquiera se percataban, así como para proporcionar una solución práctica a la pregunta de cómo resolver los casos complicados en los que la vigilancia puede estar justificada, sin defraudar su posible propósito por su revelación a las personas implicadas.

Hay algunas evidencias de los relativos éxitos de dichos organismos y de su relativa popularidad como guardianes de las libertades civiles y derechos humanos. Pero también hay evidencia de los problemas que estos organismos han encontrado en el contexto legal y regulador británico. Los estilos de regulación británica parecen contrarios a afectar las políticas asumidas por esas comisiones. Ha habido una remarcada renuncia o incapacidad por parte de la Comisión de Igualdad de Oportunidades para capitalizar sus poderes. Sus competencias de investigación formal, por ejemplo, no se utilizan en su máxima extensión posible. Para la Comisión de Igualdad de Oportunidades EOC (GB) resulta preferible un enfoque persuasivo para detener la discri-

¹¹ J. JOWELL: "Administrative Enforcement of Laws against Discrimination" (1965), *Public Law*, 119-86.

minación. También hay grandes dificultades para usar ese poder para evitar la discriminación institucional en el empleo. En el área de las competencias de policía, la Oficina de Quejas contra la Policía establecida por la Ley de Policía de 1976 se contempló casi universalmente como un cuerpo desdentado. En 1981, el director de este organismos declaró que “la oficina existente ha mantenido un perfil tan bajo que ha trepado a una zanja”¹².

Derechos residuales

Solía existir una orgullosa jactancia en Gran Bretaña de que las libertades estaban mejor protegidas que en el resto de Europa, en parte porque ciertos intereses vitales estaban protegidos por una idea de derechos residuales del *common law*. La noción de derechos residuales es la idea de que una persona puede hacer, o no hacer, cualquier cosa que él o ella deseen a menos que esté específicamente prohibido o sea requerido por ley. Se citan algunos ejemplos: la presunción de inocencia y el derecho al silencio en el contexto de la investigación penal, privilegios en contra de la autoincriminación en la ley criminal, libertad de contrato, libertad de asociación y libertad de reunión. Conforme al tradicional enfoque residual en estos asuntos, el derecho británico también optó por reconocer al preso los mismos derechos de los que no están presos, otorgados estos derechos, no se alteran con la prisión. Los policías se consideraban ciudadanos uniformados que carecían de otros poderes legales o del poder coercitivo de policía a no ser por el consentimiento de la población.

Ciertamente los derechos residuales han dado pie al surgimiento de algunos efectos civiles liberalizadores. Por ejemplo, la decisión en el caso *Rice v. Connelly*¹³, en la que se sostenía que una persona no tiene deber legal de responder a preguntas de los policías, es un clásico ejemplo del enfoque negativo en la aplicación de los derechos. De este modo, además, no existe garantía del derecho de formar o pertenecer a un partido político, hay pocas restricciones que los partidos políticos tengan que cumplir, aunque las limitaciones a su capacidad para expulsar miembros, y la prohibición de una retransmisión, impidiendo a ciertos partidos conectados con el terrorismo un pleno acceso a la televisión y radio, han sido notables excepciones al enfoque de “manos fuera”.

¹²

¹³ (1966) 3 WLR 17.

Como siempre, los problemas relacionados con el enfoque de los derechos residuales han sido sustanciales. El mito de los policías como "ciudadanos uniformados", a pesar de su atractivo como ideal, concilia la verdadera naturaleza del crecimiento del poder policial y sus facultades, y el consecuente problema de la regulación de su ejercicio. Algo de la libertad de reunión residual de *Dicey* se mantiene intacta. De acuerdo con un autor: "La libertad esta atrapada por su clasificación complaciente de libertad residual, y sin legislación o reglas positivas del *common-law* que actúen en su defensa, está siendo lentamente estrangulada hasta su extinción." La interpretación de la Ley de Relaciones Raciales de la Cámara de los Lores descansaba en un derecho residual del *common-law* a la discriminación que significativamente limitaba la habilitación de esa legislación para controlar la discriminación racial. Para concluir, el enfoque de los derechos residuales puede servir a los fines de los derechos humanos, pero igualmente puede no hacerlo.

Interpretación por una magistratura independiente

Una magistratura independiente, a través de sus interpretaciones del *common law* y de las leyes, puede tomar en cuenta valores como las libertades civiles y derechos humanos y así procurar suavizar los desiguales límites de las previsiones legales, hacerlas consistentes, si es posible, con los valores consensuales de la comunidad. Pueden citarse algunos ejemplos que aseguran un resultado civil liberal de conformidad con el uso de esa técnica.

Hay una regla de interpretación judicialmente apoyada en que las leyes penales deben ser interpretadas de manera estricta y en favor del acusado¹⁴. El *common law* aparentemente apoya la visión de que existe el derecho a no afiliarse obligatoriamente a una organización sindical, porque, por ejemplo, se sostiene que es una restricción para el comercio. El *common law* parece reconocer como un aspecto importante de la libertad de asociación la autonomía de la asociación para controlar quién es aceptado como miembro y mantiene la pertenencia a la asociación como un hecho importante para la libertad de asociación. El derecho a la libertad de expresión se ha contemplado como un obstáculo insuperable para poner a críticos inmoderados de la magistratura detrás de las rejas¹⁵. Hay una afirmación continua por parte de los

¹⁴ Ver CRAIGES: *Statute Law*, 7th ed. (1971), 529-31.

¹⁵ Ex parte Blackburn (1968).

tribunales de que en el *common law* existen poderes discrecionales para excluir evidencias cuyo valor probatorio es sobrepasado por su efecto prejudicial. El Tribunal de Apelación ha elaborado pautas estableciendo la manera en que un juez debe dirigir a un jurado cuando las evidencias en contra de un acusado descansan sustancialmente en una prueba de identificación basada en impresiones personales. La magistratura ha desarrollado a favor del *common law* la discrecionalidad para excluir confesiones poco fiables, aparte de cualquier examen de inadmisibilidad. También hemos visto pronunciamientos de jueces inquiriendo remedios legales, allí donde se han visto incapaces de actuar bajo la legislación existente ¹⁶.

No obstante, el *common law*, y las leyes también han sido interpretados por los jueces de manera que muchos han interpretado como anti-libertades civiles. De este modo, en *Shaw v. DPP* ¹⁷, los delitos del *common law* de "conducta pública escandalosa" y "conspiración para corromper la moral pública" se mantuvieron hasta las reformas de la Ley sobre Obscenidad de 1959. En *Knüller v. DPP* ¹⁸ se extendió el delito de conspiración para corromper la moral pública. En *White v. Lemon* ¹⁹ se resucitó el delito del *common law* de "libelo blasfemo". En el litigio *Spycatcher* ²⁰, donde se puso en cuestión el uso de la ley de confidencialidad para limitar la revelación de la información, se sostuvo que había de limitarse la defensa del interés público, garantizado la revelación a las autoridades relevantes pero no al público en general. Los tribunales han respondido al incremento del terrorismo estrechando las políticas excepcionales en las leyes de extradición para excluir muchos delitos políticamente motivados que impliquen violencia ²¹. Desde el comienzo de los disturbios en Irlanda del Norte en 1969, seis grandes retos a la acción ejecutiva han alcanzado la Cámara de los Lores y todos han fracasado. Gearty ha argumentado, en el contexto de violencia política, que la historia de los tribunales británicos ha sido notable por su total y consistente respeto a la autoridad ejecutiva.

¹⁶ Por Megarry V.C. in *Malone v. Metropolitan Police Comissioner* (1979) ch. 344 y por Gildwell L.J. en *Kayre v. Robertson y Spot Newspaper Ltd*, The Times, Mar, 1990. Procedimientos en asuntos de equivalente valor fueron descritos como "escandalosos" y *amounting to a denial of justice* por el Presidente del Tribunal de apelación laboral en *Davnes v. McCarneys* (1989), IRLR 439 (EAT).

¹⁸ (1962) AC 220.

¹⁸ (1973) AC 435.

¹⁹ (1979) AC 617.

²⁰ *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd.* (1978) 2 All ER 316; *Attorney General v. Guardian Newspaper Ltd* (no.2) (1988) 3 WLR 776.

²¹ *Cheng v. Governor of Pentoville Prison* (1973) AC 931.

Retos a los enfoques tradicionales

Tanto para los enfoques tradicionales. Algunos aspectos del sistema político-legal británico se han alterado radicalmente desde la Segunda Guerra Mundial. Ambos, el edificio constitucional y estos métodos de protección a las libertades civiles, parecen haberse visto más dañados de lo que lo fueron en 1950. Esto resulta muy sorprendente. He pensado en aportar alguna información sobre la que juzgar los éxitos y los problemas del modelo empírico pragmático. Para algunos comentaristas, la dependencia del pragmatismo es, a lo mejor, desconcertante y, a lo peor, peligrosa. Robertson estima, por ejemplo: "Nuestra preferencia por el pragmatismo más que un principio ha resultado conveniente a corto plazo; sus costos deben medirse en los vacíos que aún permanecen en los derechos de los ciudadanos británicos para obtener rapidez, eficacia o ciertamente cualquier remedio contra los abusos del poder público y privado"²².

El sistema legal y político británico ha tenido que hacer frente a unos desarrollos nacionales e internacionales de un enorme grado, importancia y complejidad en un período de cuarenta años a partir de los años cincuenta. Si algunos aspectos de la actual Constitución británica y enfoque legal de cuestiones de derechos humanos hubieran sido atacados por alguien en los años cincuenta como algo muy familiar, otros aspectos serían significativamente diferentes. La estructura constitucional, política y legal británica ha reaccionado a este desarrollo de diversas maneras. Los enfoques tradicionales que he discutido ahora han sido complementados y hasta cierto punto puestos en duda en varios aspectos.

Revisión judicial de la actividad administrativa

Una notoria diferencia entre 1950 y 1993 es el alcance con el que cuestiones de debate y controversia políticas se han considerado y atribuido a los tribunales ordinarios. Uno de los mayores métodos mediante el cual ha sido posible esto, ha sido a través del desarrollo de la revisión judicial de la acción administrativa, mediante la cual una persona que desee cuestionar la validez de un acto del poder público puede apelar a la Corte Suprema para

²² G. ROBERTSON: *Freedom, the individual and the law*, 6th edn (1989), 18.

lograr la revisión judicial. La validez del ejercicio del poder puede desafiarse sobre la base de la ilegalidad, procedimiento impropio o irracionalidad.

A partir de 1960 se aprecia entre la magistratura un enfoque más intervencionista. Las bases de la revisión judicial se han expandido considerablemente, los procedimientos han dado sustancialmente mayor discrecionalidad a los jueces, y el impacto de la revisión judicial en el proceso de toma de decisiones gubernamentales ha resultado significativo en diversas áreas. Algunos comentaristas han visto en este desarrollo un importante mecanismo puesto en marcha a favor de las libertades civiles, o por lo menos con ese potencial, y la revisión judicial se ha utilizado crecientemente para tratar de convencer a los tribunales para que incorporen perspectivas de libertades civiles y derechos humanos en sus decisiones. Ha habido un significativo uso de la revisión judicial en el contexto de la discriminación sexual y racial, derechos de las minorías, inmigración, privacidad, derechos de los presos, debido proceso y competencias policiales. El sistema de quejas policiales se reforzó; la revisión judicial se aplicó para examinar algunos ejercicios de la prerrogativa; en la vida en prisión, los tribunales han sido requeridos para reconocer y sostener algunos derechos públicos; algunas resoluciones penales injustas han sido anuladas utilizando la revisión judicial, y se ha reforzado un requerimiento antidiscriminatorio en contra de algunos organismos públicos.

La revisión judicial en ocasiones ha aportado alguna ayuda en cuestiones que resultan recurrentes en muchos capítulos: falta de información. Con frecuencia hay una escasez de información de cómo (o de si) la discrecionalidad es controlada y estructurada, por ejemplo en la operación del procedimiento de revisión de seguridad en la administración, en el jurado de revisión en casos de terrorismo, en acciones cubiertas por los servicios de seguridad relacionados con el antiterrorismo. En varias ocasiones, la revisión judicial, o algún otro procedimiento similar, ha levantado parcialmente la tapa. Las reglas de inmigración, complementadas por las instrucciones no publicadas para oficiales de inmigración y oficiales de aduanas, permanecieron desconocidas fuera de los círculos oficiales hasta una investigación de la Comisión para la Igualdad Racial permitió llegar hasta la Corte Suprema a pesar de la oposición del Ministerio del Interior. En algunas circunstancias, el uso táctico del descubrimiento en la revisión judicial ha permitido una más efectiva agitación política.

Mientras que existen razones persuasivas para que una persona agraviada decida no ir a los tribunales, la incidencia de la revisión judicial parece incrementarse. Una razón puede ser que quienes toman decisiones están me-

nos preocupados que antes en perder ante los tribunales. La segunda puede ser una falta de conciencia por parte del Gobierno en cuanto al desarrollo de la legislación en derechos humanos. La tercera puede ser el advenimiento de un gran disenso político en Gran Bretaña, que provoca un fuerte ímpetu en la búsqueda de un remedio más legal que político. Adicionalmente, el éxito en el recurso de algunas decisiones ha llevado a un aumento en el número de recursos en general. No es sorprendente que el entusiasmo por presentar recursos se incrementara dentro de los profesionales legales en proporción al éxito de retos pasados. También debemos ver que, subsecuentemente, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Ley de la Comunidad Europea probablemente han ayudado a percibir la utilidad de la revisión judicial.

Sin embargo, se plantean problemas en el uso de la revisión judicial como un mecanismo en favor de las libertades civiles. Aparte de las dificultades procedimentales, y el aumento en la dilación, hay problemas más profundos. La incidencia de la revisión judicial, sobre todo, es menor en comparación con el número de decisiones que organismos públicos adoptan. Incluso en áreas en las que la revisión judicial se ha utilizado a menudo, es todavía infrecuente y discontinua. Más problemático es aún el papel de los tribunales, al menos en parte, para establecer normas en casos en los que los propios modelos no están claros o son impugnados. Las críticas a la referencia a los modelos se basan en tres problemas: inseguridad, inconsistencia y valores inapropiados.

Hay incertidumbre acerca de los modelos en los que inspirarse; por ejemplo, ¿es la libertad de expresión relevante o no? Hay incertidumbre también acerca de la profundidad de las probables intervenciones en cualquier ocasión particular, así como en la amplitud de la intervención: la distinción entre si es una decisión de un poder público, que puede estar sometida a revisión judicial, o si es una decisión de un organismo privado, y en consecuencia no lo está, es algo sumamente confuso. Se ha visto inconsistencia en la magistratura y algunos lo han considerado como apoyo a individuos que recurren el uso de poderes gubernamentales en ciertos dominios pero no en otros, sin ninguna coherente expresión de las diferencias entre los casos. Hay, por ejemplo, un deseo de recurrir el ejercicio de la discrecionalidad por agencias reguladoras, pero no hay intención de desafiar el uso de la discrecionalidad policial. Se ha visto la adopción de valores inapropiados, muchos han discutido la poca disposición de los tribunales para involucrarse al revisar seriamente aspectos que el Gobierno indica que tienen implicaciones de se-

guridad nacional, esto resulta inaceptable desde una perspectiva de los derechos humanos ²³.

La Comisión Europea de Derechos Humanos

He mencionado la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias ocasiones. Ahora debo considerar el papel de la Comisión en el Derecho británico de manera más sistemática. Hay en general dos métodos principales por medio de los cuales la Convención puede jugar un papel en el interior. El primero es directo, cuando se produce una violación de la Convención y se requiere al Reino Unido formalmente, ya sea compensando al individuo dañado por el incumplimiento de la Convención o cambiando la legislación existente. Como la Convención no está incorporada al Derecho del Reino Unido, la única manera por la cual una violación puede ser autoritariamente establecida es teniendo acceso a las instituciones de la Convención. Con la excepción de los casos formulados por Irlanda contra el Reino Unido en relación con la seguridad policial en Irlanda del Norte, no ha habido ningún otro caso interestatal que se haya seguido a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por eso la carga de activar la maquinaria de la Convención descansa enteramente sobre los individuos. En 1991 se registraron por la Comisión Europea de Derechos Humanos un total de 202 asuntos contra del Reino Unido, de los cuales sólo se admitieron 38. En ese mismo año se admitieron por la Comisión un total de 217 asuntos relacionados con otros países. De no ser por la aceptación por el Reino Unido del derecho de petición individual a mediados de los sesenta, la Convención tendría un mínimo efecto en el Derecho británico.

Hasta 1989, el Comité de Ministros han encontrado una o más violaciones a la Convención en 18 de los 30 casos del Reino Unido elevados a él. De los 252 casos elevados al Tribunal entre 1959 y 1990, 41 concernían al Reino Unido, el número más alto en un Estado. Hasta finales de 1992, el Tribunal ha encontrado al menos una violación o potencial violación de la Convención en 30 de 41 procesos vinculados al Reino Unido (no incluye

²³ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (1977) 3 All Er 935; *R. v. Secretary of State of the Home Department, ex parte Hosenbal* (1977) 3 All ER 453; *R. v. Secretary of State for the Home Dept, ex parte Ruddock* (1987) 1 WLR 1482. También *R. v. Secretary of State for the Home Dept, ex parte Cheblack* (1991) 2 All ER 319.

decisiones del Tribunal en las que algún recurrente obtuvo un resultado satisfactorio de acuerdo con el art. 50)²⁴.

Han habido algunos casos que prosperaron en contra del Reino Unido a lo largo de un amplio campo de cuestiones y áreas: cierre de tiendas, desacato al tribunal, orientación sexual, legislación antiterrorista, derechos de los presos, política de inmigración y métodos de interrogatorio, por sólo mencionar algunos. Se han introducido cambios significativos en el Derecho británico como resultado de esos casos que prosperaron (así como las quejas posteriores a la Comisión que no han llegado al Tribunal o el Consejo de Ministros)²⁵. Aunque surgen dificultades al tratar de responder a la pregunta de en qué medida el Reino Unido ha cumplido las decisiones, una investigación de Churchill y Young²⁶ ha estimado que en 23 de 41 casos, entre 1975 y 1989, no hay duda de que el Reino Unido ha cumplido. En casi todos los casos el cumplimiento implica la promulgación de legislación. Se despenalizó la actividad sexual entre hombres en Irlanda del Norte, en la Isla de Man y en las Islas del Canal; los padres tuvieron la oportunidad de usar los procedimientos judiciales para desafiar decisiones respecto al acceso de ellos a sus hijos; se promulgó una nueva Ley de Intercepción de las Comunicaciones; se abandonaron algunas técnicas de interrogatorio; se aplicó un nuevo procedimiento a la Ley Judicial. En 17 casos consideraron discutible si había existido cumplimiento.

Adicionalmente al reforzamiento directo de la Convención hay también importantes influencias *indirectas* en las cuales tal vez la Convención ha influido en la opinión pública y en el debate político, e influido en el ejercicio de la discrecionalidad de administradores y la interpretación de los jueces. El más significativo uso indirecto de la Convención ha sido en el contexto de procedimientos legales, a los que ahora me referiré.

La Convención se refirió por primera vez a un proceso en los tribunales británicos en 1974²⁷. Desde entonces la Convención se ha referido a proce-

²⁴ Para discusión de estos casos, ver particularmente, A. W. BRADLEY: "The United Kingdom before the Strasbourg Court 1975-1990", en W. FINNIE, C. HIMSWORTH y N. WALKER (eds.), *Edinburgh Essays in Public Law* (1991), 185-214; F. J. HAMPSON, "The United Kingdom before the European Court of Human Right" (1989) *9 Year book of European Law* 121.

²⁵ Ver LIBERTY: *Standing Up*, 111-12.

²⁶ R. R. CHURCHILL: "Aspects of Compliance with Findings of Committee of Ministers and Judgement of the Court with Reference of the United Kingdom", in J. P. Gardner (ed.) *The European Convention on Human Rights; Aspects of Incorporation* (1992). Ver también R. R. CHURCHILL y JAMES YOUNG: "Compliance with Judgements of European Court of Human Rights and Decisions of the Committee of Ministers; The Experience of the United Kingdom 1975-1987" (1991), *LXII British Yearbook of International Law* 283-346.

²⁷ *R. v. Miah* (1974), 1 WLR 683.

dimientos de los juzgados nacionales y tribunales más de 200 veces. En la mayoría de los casos la referencia ha sido superficial. Pero el análisis de las autoridades han demostrado una mayor predisposición de los tribunales para tomar en cuenta a la Convención, aun en los casos en los que a simple vista no parecen ser materia de la Convención.

El uso de la Convención figura, primero como una ayuda a la interpretación legal particularmente en el contexto de la Ley de Inmigración de 1971²⁸. Después de algún titubeo, parece, sin embargo, que los tribunales se muestran ahora firmes al requerir que el recurso a la Convención pueda plantearse sólo con el fin de resolver ambigüedades. Allí donde la ley es clara y sin ambigüedades no hay lugar para introducir la Convención²⁹. No obstante, este limitado uso de la Convención, en la práctica ha presentado un escaso valor. La utilidad del principio ha sido socavada "por... una sobre disposición por parte de los tribunales para sostener que las palabras de una ley son claras y sin ambigüedades"³⁰. Un área en la que la Convención ha mostrado algún valor en la interpretación legal es en el uso del artículo 3 por la jurisprudencia relacionada con la tortura o tratamiento inhumano o degradante³¹.

El segundo uso de la Convención aparece como una guía de desarrollo del *common law*. A pesar de algunas tempranas reticencias sobre el uso de la Convención, ella misma ha mostrado "un limitado valor para resolver las incertidumbres del *common law*, en algunas áreas", particularmente en el contexto de desacato al juez³², derechos de los presos³³ y libertad de expresión³⁴. En 1992, el Tribunal de Apelación en el caso *Derbyshire County Council* parece haber aceptado este desarrollo³⁵. Un juez, extrajudicialmente, ha argumentado que este tipo de decisiones justifica el uso de la Convención

²⁸ *Birdi v. Secretary of State for Home Affair*, sin reportar, 11 de febrero de 1975; *R. v. Home Secretary, ex parte Bhajan Singh* (1976) 1 QB 198; *R. v. Secretary of State for Home Dept, ex parte Phansopkar* (1976), 1 QB 606.

²⁹ Lord Bridge en *R. v. Secretary of State for the Home, ex parte Brind* (1991), AC 696.

³⁰ *R. v. Secretary of State for the Home Dept, ex parte K.* (1990), 1 WLR 168.

³¹ *Ej. Williams v. Home Office* (n.º 2) (1981), All ER 1211; *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex parte Herbage* (1987), QB 872, y *Woldon v. Home Office* (1990), 3 EWLR 465.

³² Use of art. 10; *AG v. BBC* (1981) AC 303 (ver en contraste *R. v. Liverpool Post plc* [1990], 2 WLR 494).

³³ Art. 6 (y *Golder v. United Kingdom* [1975] 1 EHRR 524) apoyado en *Raymond v. Honey* (1991) 1 AC 1, y en *R. v. Secretary of State for the Home Dept., ex parte Anderson* (1984), QB 778.

³⁴ Blasfemia *R. v. Lemon* (1979) AC 617; *R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury* (1991), 1 QB 429 (DC), y en la apelación interlocutoria *Spycatcher* (1987), 3 All ER.

³⁵ *Derbyshire C.C. v. Times Newspapers Ltd* (1992) 3 All ER 65.

como un cuerpo de jurisprudencia relevante, que los jueces pueden contemplar a lo largo del continuo proceso de desarrollo del *common law* y pueden, efectivamente, utilizar la Convención como un texto para informar al *common law* ³⁶.

Tercero, en el campo de la revisión judicial, inicialmente algunos jueces consideran que ministros y oficiales al ejercer poderes legales están obligados a tomar en cuenta la Convención ³⁷. Otros, sin embargo, contemplan esta obligación como pedir demasiado a las autoridades ³⁸. Este último punto de vista fue apoyado por el Tribunal de Apelación en 1981, con Acker LJ sosteniendo que el Secretario de Estado no estaba obligado a tomar en consideración la Convención ³⁹. Aunque hubo relativamente poca discusión del asunto dentro de la magistratura durante la década de los ochenta ⁴⁰, hubo un sustancial debate extrajudicial en relación con el uso apropiado de la Convención en Derecho público. Algunos estimaban ⁴¹, que en el terreno de la revisión judicial, que requiere que quienes toman decisiones no actúen irracionalmente, podrían y deberían hacer sus interpretaciones conforme lo exige la adhesión a la Convención Europea ⁴². Sin embargo, en la decisión en el caso *Brind v. Secretary of State for the Home Department* ⁴³, en el que se planteó este argumento directamente a la Cámara de los Lores, sus Lores parecieron rechazarla, mientras que dejaban abierta la posibilidad de que los tribunales lo tomaran en consideración, si quien adopta la decisión ha tenido en cuenta la Convención, allí donde fuera relevante, mientras que frenaba el examen de cómo había interpretado la Convención ⁴⁴ quien adoptaba la decisión. Es poco probable, sin embargo, que la decisión del caso *Brind* sea la última palabra sobre este tema.

Bratza ha concluido, y difícilmente podría rebatirse su análisis, que “en la vasta mayoría de los más de 200 casos en los que han habido referencias

³⁶ Discurso de J. Laws a la Asociación de la Abogacía.

³⁷ *R. v. Secretary of State for Home Dept, ex parte Bhajan Singh* (1978), 2 All ER 1081 y 1083.

³⁸ *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi* (1976), 3 All ER 843-847-8.

³⁹ *Fernandes v. Secretary of State for the Home Dept.* (1981), Imm. AR. 1.

⁴⁰ Excepto en *R. v. Secretary of State for the Home Dept, ex parte Mc Avoy* (1984), 1 WLR 1408; *R. v. Board of Visitors of HM Prison The Maze, ex parte Hone* (1988), WLR 177, y *R. v. General Medical Council, ex parte Colman* (1990), 1 All ER 40.

⁴¹ A. LESTER y J. JOWELL: “Beyond Windsnesbury; Substantive Principles of Administrative Law” (1987), *Public Law*, 368.

⁴² Véanse otras opiniones en J. G. Laws: “The Ghost in the Machine; Principle in Public Law” (1989), *Public Law*, 27; Sir H. WOOLF: *Protection of the Public; A New Challenge* (1989).

⁴³ (1991), 1 All ER 720.

⁴⁴ Ver A. R. MOWBRAY: “Administrative Law and Human Rights” (2 de agosto de 1992), *NLJ*, 1079.

a la Convención, la Convención parece haber causado poca o ninguna diferencia en el resultado al que ha llegado el tribunal. Continuamente el tribunal ha invocado la Convención para reforzar la visión que ya ha sido plenamente formada por el tribunal como la salida más apropiada para el caso”.

Podemos ver, de esta manera, que mientras la Convención ha sido altamente significativa directamente, en el uso indirecto por los tribunales ha demostrado tener una utilidad limitada y lejana.

La Comunidad Europea

Tal vez el más significativo desarrollo constitucional desde 1960 es el creciente papel e importancia del Derecho de la Comunidad Europea para Gran Bretaña. Hay varias razones por las que el Derecho de la Comunidad Europea puede resultar ventajoso para recurrentes incapacitados para basarse en las leyes o en el *common law*. En esas áreas en las que hay normas legales comunitarias, se han mostrado más flexibles, más basadas en principios, más dinámicas, más abiertas a la argumentación, más generales, ampliadas y profundas. Pero lo más importante de todo, es prioritaria ante la legislación nacional. Puede utilizarse para llenar las lagunas de la legislación nacional y también para atacar directamente a la legislación.

En el contexto de la protección de los derechos humanos en Gran Bretaña, estas posibilidades provocan un atractivo obvio para algunos, y la popularidad de intentar potenciar en la disputa un elemento de Derecho europeo ha aumentado considerablemente en los últimos años. La pertenencia de Gran Bretaña a la Comunidad ha tenido una inmensa importancia, en particular, por el tratamiento legal de los derechos de las mujeres. Collins y Meehan han argumentado que la influencia de la Comunidad Europea en este contexto ha sido decisiva. En otros temas de los derechos humanos, sin embargo, la Comunidad juega un papel mucho menor. En el contexto de la inmigración, hay situaciones respecto a las cuales un nacional de la Comunidad Europea de otro Estado tiene derechos superiores a los de un ciudadano británico, pero ha tenido relativamente poco impacto en la regulación general de la inmigración en Gran Bretaña. Aunque, en el contexto de los derechos de las minorías, la Directiva de la CEE sobre la Educación de los Hijos de los Trabajadores Emigrantes de 1977 resulta significativa, Poulter ha descrito el impacto de la Directiva como “negligente” y discute que las lagunas revelan en su implantación que no ha estado sometida a procesos ni

en el Reino Unido ni en Luxemburgo. Podemos advertir de pasada que estos temas de libertades civiles pueden también surgir indirectamente en virtud de los aspectos económicos del Tratado, por ejemplo la libre circulación de mercancías puede afectar a cuestiones de la libertad de expresión⁴⁵.

El interés por el papel de los derechos humanos en la Comunidad, aparte del área de los derechos de las mujeres, está más dirigido a su potencial, que a su alcance actual. Ha habido desarrollos limitados desde mediados de los años ochenta que pueden llevar a la Comunidad Europea a adoptar un papel más activo⁴⁶. El impacto del Tratado de Maastrich puede ser considerable. Sin embargo, lo que ha estado en gran medida ausente, ha sido una clara concepción de una nítida dimensión de los derechos humanos como política en sí de la Comunidad. Si el incesante acercamiento entre la Comunidad y la Convención Europea de Derechos Humanos ayuda a alentar esa dimensión aún ha de verse, en la medida en que lo hace el alcance hacia el que la responsabilidad de la efectiva democracia de las instituciones de la Comunidad misma se incrementa.

La agenda de reformas

Una de las preguntas que ha dominado gran parte del debate sobre las reformas constitucionales en Gran Bretaña es si un significativo elemento en gran medida idealista debe introducirse en la política británica y en la toma de decisiones legales.

Sucesivos gobernantes británicos han sido criticados como dictadores elegidos y ha despertado un creciente movimiento en favor incluso de más extensas reformas administrativas y constitucionales en el Reino Unido para detener este problema. Muchos de los aspectos de la constitución británica han estado sometidos a agudas críticas, y se han propuesto reformas significativas. Se han apoyado (hasta ahora sin éxito) algunas reformas de largo alcance, incluida la introducción de representación proporcional en lugar del *first-past the post* del sistema electoral (sistema mayoritario a una sola vuelta); la reforma de la Cámara de los Lores; las asambleas parlamentarias (o completa independencia) para Escocia y Gales; autonomía para las regiones

⁴⁵ En *Conegate Ltd v. Customs Excise Commissioners* (1987), QB 284 (ECJ), la libre circulación de mercancías aplicada a la pornografía.

⁴⁶ Para una discusión general, ver M. SPENCER: "1992 and All That; Civil Liberties in the Balance" (1990).

inglesas⁴⁷. Muchas de estas propuestas fueron apoyadas, al menos en parte, por lo menos, porque se pensaba que las libertades civiles y derechos humanos podrían estar mejor protegidos como resultado de estas reformas.

La reforma vista por algunos como probable para mejorar la provisión y protección de los derechos humanos en Gran Bretaña es, sin embargo, la creación y adopción de una Declaración de Derechos nacional y vinculante. Aunque ya en 1947 se habían propuesto Declaraciones de Derechos en la Cámara de los Lores, en 1968 un folleto de Anthony Lester, seguido en 1974 por las conferencias de Hamlyn de sir Leslie Scarman (lo que era entonces)⁴⁸, marcaron el inicio de una campaña que ha continuado durante los últimos veinte años. El debate se ha concentrado en el valor de dar efectos a la Convención Europea de Derechos Humanos a través de su incorporación mediante la legislación en Derecho interno. Algunos proyectos de Ley que proponían incorporar a la Convención tuvieron éxito en la Cámara de los Lores, pero fracasaron en la Cámara de los Comunes, indicando el escepticismo que importantes secciones de la opinión pública y legal tienen de estas y otras propuestas para una Declaración de Derechos nacional.

Recientemente, sin embargo, dos grandes proyectos de propuestas para una declaración de Derechos apoyaban una mezcla entre las previsiones de la Convención Europea de Derechos Humanos y el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁹, o una combinación de éstos unida a otras relevantes previsiones internacionales de derechos humanos⁵⁰, debido a la creencia en la inadecuación de las previsiones de la Convención Europea de Derechos Humanos de manera aislada. Quienes abogan por una Declaración de Derechos también divergen significativamente sobre cuál de entre los diferentes enfoques de la revisión judicial es preferible, y, en particular, qué efecto tendría la Declaración sobre la soberanía parlamentaria. Algunos enfatizan el papel judicial como decisivo, requiriendo a los jueces su responsabilidad para reforzar los derechos frente a la acción legislativa y gubernamental⁵¹. Otros darían a los tribunales el poder de reenviar la legislación para su reconsideración, permitiendo al Parlamento violar derechos

⁴⁷ R. P. CLAUDE y T. B. JABINE: "Statistical Issues in the Field of Human Rights", Introducción del Editor (1986), 8, *Human Rights Quarterly*, 563.

⁴⁸ "Political and Economic Planning", *Racial Discrimination* (PEP, London, 1967).

⁴⁹ Ver Liberty/NCCL: *Standing Up for Your Rights!* (1991).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *Amnesty International Annual Report* (1992); *Allegation of Human Rights Abuses in Northern Ireland*, November 1991, and *Northern Ireland: Killing by the Security Forces and "Supergrass" Trials*, 1984.

⁵¹ Amnesty International: *United Kingdom; Human Rights Concerns* (junio 1991).

humanos si eligen hacerlo explícitamente mediante la legislación ordinaria⁵². Aunque otros, efectivamente, limitarán la revisión judicial bajo la Declaración de Derechos sólo para anular la actividad administrativa en el terreno de violación de derechos humanos⁵³. Probablemente, el más complejo grupo de propuestas es el apoyado por Liberty (anteriormente el Consejo Nacional para las Libertades Civiles), que ha propuesto que mientras algunos derechos como la prohibición de la tortura nunca podrían ser dominio del Parlamento, otros derechos podrían ser abrogados por la legislación por un período limitado de tiempo, y tal abrogación podría ser promulgada de nuevo sólo mediante unas elecciones generales. Una decisión judicial de que una ley del Parlamento hubiera infringido la Declaración de Derechos podría ser reversible mediante una mayoría de dos tercios de una comisión parlamentaria especial pluripartidista.

Conclusión

En estas páginas he intentado esbozar algunos aspectos del enfoque de la protección de derechos humanos en Gran Bretaña. Temo que sólo he tocado algunas de las cuestiones más importantes. El punto con el que quiero concluir es que cada uno de los mecanismos que he descrito tienen ventajas y desventajas.

Si hay una conclusión general que pueda ser dibujada, es que lo que se precisa es de una diversidad y variedad de técnicas para el progreso de los derechos humanos. Se necesitan técnicas que tengan el potencial de crear múltiples riesgos para aquellos que pretendan violar los derechos humanos, y una diversidad de oportunidades para que sean escuchados quienes se preocupan por los derechos humanos. Las reformas deben considerarse no sólo en términos de si son deseables por sí mismas, o si funcionan en otros países, sino también considerando su probable impacto en los mecanismos existentes, por imperfectos que sean, como inevitablemente lo son.



⁵² Human Right Watch: *Human Rights in Northern Ireland: A Helsinki Watch Report* (1991).

⁵³ Article 19, *No Comment: Censorship Secrecy and the Irish Troubles* (1989).